



185

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

Cartagena de Indias D.T y C, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00179-00
Demandante	MARGELIA CONEO MARSIGLA
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Tema	Pensión de Sobreviviente
Sentencia No	0119

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **MARGELIA CONEO MARSIGLA**, a través de apoderado judicial, contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL**.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Como hechos relevantes expuestos en el libelo de demanda, se extraen los siguientes:

-De la relación conyugal existente entre los señores **MARGELIA CONEO MARSIGLA** y **ADUAR MANUEL SALA TORDEDECILLA**, nació su hijo **EDER MANUEL SALA CANEO**.

-El señor **ADUAR MANUEL SALAS TORDEDECILLA**, padre de **EDER MANUEL SALA CANEO**, como agente adscrito al DAS de Antioquia, el día 06 de abril de 1995, en proximidades del municipio Currulao, muere a manos de Subversivos del Quinto frente de la FRC.

-El Infante de Marina **EDER MANUEL SALA CANEO**, prestó su servicio como Infante de Marina regular el 22 de agosto de 2011.

-El Infante de Marina **EDER MANUEL SALA CANEO**, murió en simple actividad del servicio, y en razón a ello, el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, reconoce el pago de prestaciones sociales a favor de la señora **MARCELIA CONEO MARSIGLA**, como madre supérstite del señor **EDER MANUEL SALA CANEO**.

-Luego, la señora **MARCELIA CONEO MARSIGLA**, solicitó al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, la pensión de sobreviviente como madre supérstite del señor **EDER MANUEL SALA CANEO**, y esa entidad, mediante resolución No. 0381 de fecha 02 de febrero de 2017, niega dicha solicitud pensional.

Con base en lo anterior, solicita le sean concedidas las pretensiones de la demanda.

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 0381 de fecha 02 de febrero de 2017, por medio de la cual se negó la solicitud de pensión de sobreviviente





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

elevada por la señora MARCELIA CONEO MARSIGLA, como madre supérstite del señor EDER MANUEL SALA CONEO.

2-Que se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a reconocer y pagar las mesadas pensionales retroactivas por valor de \$ 89.344.677, desde el momento en que se accedió al derecho, es decir, a partir del 01 de agosto de 2012, momento en que se establece el fallecimiento.

3-Que se condene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, a pagar las sumas de dinero que sean reconocidas, debidamente indexadas y/o actualizadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

4-Que se condene a la entidad demandada, al pago de costas y agencias en derecho, conforme a lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

En respaldo de sus pretensiones, expresó, lo que a continuación se transcribe:

“El IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALA CONEO (finado), fue reclutado para prestar el servicio militar obligatorio en la ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA, el 30 del mes de septiembre del 2011, hasta la fecha de su fallecimiento el día 1 de agosto de 2012, por lo que estuvo vinculado durante 1 año, 2 meses y 23 días, lo cual equivale a 52,71 semanas, por tal razón se encuentran homologadas en forma más que suficiente las 26 semanas de cotización que exige la Ley 100 de 1993.

El IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALA CANEO (finado), falleció en el puesto militar del cerro la Pita en el Carmen de Bolívar en cumplimiento de la misión institucional las cuales consistió básicamente en realizar de manera personal la labor encomendada, cumplir con los reglamentos, obedecer las órdenes e instrucciones impartidas por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL.

*La señora MARGELIA CONEO MARSIGLIA, de 56 años de edad – adulta mayor -, madre supérstite del IMAR CONSCRIPTO EDER MANUEL SALA CANEO (finado), por el hecho de depender económicamente del fallecido, le accede el beneficio de la pensión de sobrevivientes, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación realizada por la Ley 797 de 2003 c. **A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.** Estimo que el régimen general resulta más favorable porque exige cotizar un periodo de 26 semanas.”*

- CONTESTACIÓN

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**, solicitó negar las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que a continuación se transcriben:

“el Decreto 2728 de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”, norma aplicable para la fecha del deceso, esto es el 1 de agosto de 2012: contemplaba a favor de los beneficiarios del causante solamente el reconocimiento y pago de 24 meses de haberes correspondientes al grado de cabo segundo que se les otorgaba por ascenso póstumo, más no el reconocimiento pensional reclamado.

Así las cosas, conforme a la norma arriba transcrita, los beneficiarios del Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO (Q.E.P.D), solo se hacían acreedores de la compensación por muerte y cesantías definitivas dobles; prestaciones que fueron reconocidas y pagadas conforme a la Resolución 160 del 1 de marzo de 2013”



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

Presentó las excepciones de "CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEMANDADA", y "BUENA FE".

Sin embargo, solicitó de manera subsidiaria, que en caso que se declare que le asiste derecho a la demandante a la prestación solicitada, se ordene a título de compensación, que sea descontada de la condena impuesta en la sentencia las sumas que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, hubiere pagado a la demandante por la muerte de EDER MANUEL SALAS CONEO.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 28 de marzo de 2017, repartida al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA – Magistrado Ponente MOISES REDRIGUEZ PEREZ, quien mediante proveído de fecha 16 de julio de 2018, declaró que carece de competencia teniendo en cuenta la cuantía y en consecuencia ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

Por auto del 25 de Febrero del 2019, se cita a las partes a audiencia inicial para el 19 de marzo de 2019, en la cual se decretan unas pruebas y se fija el día 14 de mayo de 2019, como fecha para la realización de la audiencia de prueba, en la cual se cierra el debate probatorio y se corre traslado para alegar de conclusión.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Explicó que, en síntesis, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y a las pruebas obrantes en el expediente, la señora MARGELIA SALA CANEO, madre del finado IMAR CONSCRITO EDER MANUEL SALA CANEO – quien prestó el servicio militar obligatorio desde el día 30 de septiembre de 2011 hasta el 01 de agosto de 2012 -, tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente, con ocasión de la muerte de este último el día 1 de agosto de 2012, siendo soldado regular en simple actividad.

NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL: En resumen indicó que, *"En el régimen especial se tiene que para acceder a la pensión de sobrevivientes la muerte del causante debió ocurrir en el servicio y por razón del mismo, siendo que en el caso de marras el IMAR SALAS CONEO EDER MANUEL murió en simple actividad; en el régimen general se requiere un mínimo de semanas cotizadas requeridas y la dependencia económica de los beneficiarios respecto del afiliado fallecido, observándose que el difunto no tenía ese mínimo de semanas y que los beneficiarios ni en vía administrativa ni en el transcurrir del proceso demostraron la dependencia económica."*

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si tiene derecho la demandante, a que se le reconozca y pague una pensión de sobreviviente, como madre supérstite del señor EDER MANUEL SALA CONEO, en los términos de la Ley 100 de 1993.





- **TESIS**

Como quiera que la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios; así de esta forma se estudiará la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la demandante a la luz del régimen general de seguridad social, es decir bajo los lineamiento de la Ley 100 de 1993, y determinar si bajo el amparo de esta normatividad, puede acceder al derecho que reclama.

Ahora bien, en lo que respecta a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y de acuerdo al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación realizada por la Ley 797 de 2003, prescribía que a falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante **si dependían económicamente de éste**.

La señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, en calidad de madre del extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, y a falta de cónyuge o hijos, sería la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Por lo que se entraría a estudiar los requisitos para el reconocimiento en tal condición.

Sobre las pruebas que existen en el expediente de la relación de parentesco de la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, con el fallecido, se encuentra el respectivo registro civil de nacimiento (Folio 16), quien fue reconocida como beneficiaria para el pago de las prestaciones sociales, que hiciera la demandada en el año 2013. (Folios 108 a 110).

Además de lo anterior, es requisito indispensable que se demostrará la dependencia económica frente al causante, antes de su fallecimiento; sin embargo, luego de revisar el expediente, advierte el Despacho que en su interior no existe prueba que demuestre que efectivamente la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, dependía económicamente del extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, condición que es indispensable para que se haga el reconocimiento, siendo menester indicar, que el solo hecho que el extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, para la época de su muerte tuviera el estado civil de soltería y no tuviera hijos, no implica automáticamente que se presuma la dependencia económica frente a sus padres, pues ésta debe probarse fehacientemente, y no se hizo.

Por lo que, como no existen las pruebas suficientes para establecer los requisitos contemplados en el artículo 46 y SS de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente solicitada por la demandante, se negarán las pretensiones de la demanda.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en Sentencia Unificada de fecha 12 de abril de 2018, al dilucidar sobre el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las Fuerzas Militares en cumplimiento del deber constitucional de prestar **el servicio militar obligatorio, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993**, acotó lo siguiente:



DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

“La aplicación del principio iura novit curia cobra especial importancia en materia laboral y de seguridad social. En efecto, la naturaleza de derecho fundamental de la seguridad social y el hecho de que el régimen general de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993 tenga «por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten», son condiciones que a las autoridades públicas no les está permitido desconocer. Ello implica que está vedado entender que el no invocar expresamente una norma, conlleva una dimisión a su aplicación en el caso concreto, por parte del interesado. Precisamente, el carácter de irrenunciables conlleva un trato especial al tema pensional, esto es, que ni siquiera se encuentra sometido al requisito de procedibilidad de la conciliación como presupuesto para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, condición que la jurisprudencia de esta Sección derivó de su carácter de derechos ciertos e indiscutibles.”

RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA COMO NÚCLEO BÁSICO DE LA SOCIEDAD.

“[L]a Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar. Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.”

RÉGIMEN DE PRESTACIONES POR MUERTE PARA QUIENES PRESTAN EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN LAS FUERZAS MILITARES; MUERTE EN SERVICIO ACTIVO; PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – SOLO CUANDO LA MUERTE OCURRE EN COMBATE O COMO CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN DEL ENEMIGO; MUERTE DEL CONSCRIPTO EN SIMPLE ACTIVIDAD – ÚNICAMENTE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE 24 MESES DE SUELDO BÁSICO QUE EN TODO TIEMPO CORRESPONDA A UN CABO SEGUNDO O MARINERO.

“[S]olo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 se previó una pensión a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Aunado a lo anterior, es importante advertir que la Ley 447 de 1998 consagró la aludida pensión, tan solo para aquellas muertes





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público. Se observa entonces que para el caso del fallecimiento de un conscripto en simple actividad, la única prestación se encuentra prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y consiste en el reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinerero.”

DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE LOS CONSCRIPTOS DE LAS FUERZAS MILITARES MUERTOS SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD; MUERTE EN SIMPLE ACTIVIDAD DE LOS CONSCRIPTOS DE LAS FUERZAS MILITARES; REGULACIÓN DE PRESTACIONES CONFORME AL DECRETO 2728 DE 1968; PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – APLICACIÓN DE NORMAS DEL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICÍA NACIONAL; PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD; APLICACIÓN INTEGRAL DE LA NORMA; APLICACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993.

“[L]a Sala estima que realizado el análisis de la situación de la persona que muere simplemente en actividad, durante la prestación del servicio militar, surge la aplicación de la regla de favorabilidad del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, con prelación a la del régimen especial contenido en el Decreto 1211 de 1990. Por ende, como el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, este deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios. En efecto, una de las consecuencias de beneficiarse de determinado régimen pensional es precisamente el hecho de someterse a este en la totalidad de sus disposiciones, condición conocida como principio de inescindibilidad o conglobamento, sin que le esté dado pretender que se fragmenten las normas, tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, como se explicó en precedencia. En ese sentido, es importante resaltar que incluso la propia Ley 100 de 1993 consagró tal principio en su artículo 288 al disponer expresamente lo siguiente: «Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley». Como consecuencia de lo anterior, en lo relativo al monto de la prestación, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, según el cual el valor mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación. Monto que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Por su parte, en lo atinente al ingreso base de liquidación de la pensión de sobrevivientes, es necesario precisar que tal prestación debe liquidarse atendiendo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.”

ORDEN DE BENEFICIARIOS QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

“[E]n lo que respecta al orden de beneficiarios que debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, se advierte que es el señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y no el previsto en el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990. Lo anterior como quiera que el orden de beneficiarios que contiene el régimen general no es equivalente al que contempla el Decreto 1211 de 1990, toda vez que este último consagra que los hermanos menores de 18 años pueden percibir las prestaciones por muerte, a falta de otros beneficiarios del llamado orden preferencial establecido en el artículo 185 ejusdem, y sin ninguna otra condición. Igualmente el régimen militar permite que haya concurrencia entre diferentes beneficiarios, a saber: i) entre el cónyuge o compañero permanente y los hijos; y ii) a falta de hijos entre el cónyuge o compañero permanente y los padres del fallecido. Así las cosas es claro que al aplicar el régimen general, los hermanos menores de 18 años que no se encuentren en la situación de discapacidad que exige el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, empero, sí podrán serlo de la compensación por muerte de que trata el Decreto 1211 de 1990, este último caso, si no hay otros con mejor derecho. Contrario sensu, los hermanos que se encuentren en situación de discapacidad, independientemente de su edad, y que acrediten la dependencia económica, sí podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de que trata la Ley 100 de 1993, pese a que con el régimen especial no fueren beneficiarios de la compensación por muerte.”

COMPENSACIÓN POR MUERTE – DESCUENTO DE LO RECIBIDO

“Habida cuenta de que la compensación por muerte no está prevista dentro de las prestaciones por muerte del régimen general, pues son propias de la normativa especial en comento, la interpretación que se ajusta a estos postulados es aquella según la cual deben efectuarse los respectivos descuentos, debidamente indexados, de lo que se hubiere pagado como consecuencia de la aplicación del Decreto 2728 de 1968, pues ambos reconocimientos resultan incompatibles toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cobijada con el reconocimiento pensional. Así las cosas y dadas las características de las prestaciones por muerte que concede el Decreto 2728 de 1968, emerge que su naturaleza jurídica es la de una prestación que tiene la finalidad de cubrir el riesgo de la muerte al que están enfrentados, de manera especial, los miembros de las Fuerzas Militares, propósito que se enmarca en el concepto que esta Sección ha tenido de prestación social”

RÉGIMEN PENSIONAL Y DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LA FUERZA PÚBLICA – NO CONSAGRÓ LA COMPENSACIÓN POR MUERTE COMO PRESTACIÓN PARA QUIENES FALLECEN EN COMBATE / COMPENSACIÓN POR MUERTE – NO ESTIPULADO EN EL RÉGIMEN / DEDUCCIÓN DE LA COMPENSACIÓN POR MUERTE – SOLO A LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / DESCUENTO DE LA COMPENSACIÓN POR MUERTE AL BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – REGLAS PARA EL DESCUENTO

“[E]l régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública no consagró la compensación por muerte como prestación para quienes fallecieran en combate. En efecto, en el capítulo III, artículos 19 al 22 previó las reglas a aplicar a los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que fallecieran en combate, en servicio y en simple actividad, precisando que tendrían derecho a una pensión mensual la cual se liquida teniendo en cuenta los parámetros allí





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

señalados en atención al tipo de muerte. (...) Sobre este último punto conviene aclarar que si existe identidad parcial respecto de las personas que recibieron la compensación por muerte y aquellas que reclaman la pensión de sobrevivientes, es decir, si por el orden de beneficiarios contenido en el régimen especial concurren varias personas para recibir la prestación por muerte, solamente habrá lugar a descontar el monto que le correspondió a quien se le reconozca la pensión de sobrevivientes, debidamente indexado. De manera que, por ningún motivo, la administración podrá hacer deducción alguna de la compensación por muerte a quien no resulte beneficiario de la pensión de sobrevivientes."

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE PERSONAS VINCULADAS A LAS FUERZAS MILITARES EN CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO, QUE FALLEZCAN SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD Y CON POSTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – REGLAS DE UNIFICACIÓN

"De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia:

1-En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

2-Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

3-Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubija tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

4-Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

5-Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general. 6. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte.

Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.”

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PREVISTO EN EL RÉGIMEN GENERAL CONTENIDO EN LA LEY 100 DE 1993, EN TANTO QUE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE PRESTACIONES POR MUERTE EN SIMPLE ACTIVIDAD DE LOS SOLDADOS REGULARES, NO CONSAGRA DICHA PRESTACIÓN.

“La demandante, en su calidad de madre del soldado regular Jorge Luis Meléndez Ochoa, quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tiene derecho a la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes previsto en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, en tanto que el régimen especial de prestaciones por muerte en simple actividad de los soldados regulares, no consagra dicha prestación. Así mismo, en consideración a que acreditó los requisitos establecidos por el régimen general debe reconocérsele este derecho en cuantía del 45% del ingreso base de liquidación, el cual en este caso, será el señalado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, a partir del 13 de julio de 2008 por prescripción trienal. A su vez, de los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes se debe ordenar el descuento debidamente indexado de lo pagado por la entidad demandada a la señora Pastora Ochoa Osorio, por virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa, en los términos del Decreto 2728 de 1968, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cubierta con el reconocimiento pensional que se ordena. Tal descuento deberá ser proporcional a lo recibido por la demandante, tal como se indicó en las regla de unificación.”

CASO CONCRETO

De acuerdo a los antecedentes expuestos, en el caso particular, se tiene que, la señora MARGELIA CONEO MARSIGLIA, promovió el presente medio de control con la finalidad que se reconozca y pague a su favor una pensión de sobreviviente, como madre supérstite del Soldado Regular de la ARMADA NACIONAL, EDER MANUEL SALA CONEO, en los términos de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, hecho el escrutinio del expediente encuentra el Despacho lo siguiente:

Conforme a la Hoja de Servicio No. 4-1047453621 (Folio 104), el señor EDER MANUEL SALAS CONEO (q. e. p. d), prestó el servicio militar obligatorio en la ARMADA NACIONAL desde el día 22 de agosto de 2011 hasta el 01 de agosto de 2012, fecha de su muerte; es decir, presto su servicio militar obligatorio, durante once (11) meses y ocho (09) días.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00**

De acuerdo al Registro Civil de Nacimiento – Indicativo Serial No. 44296535 (Folio 16), el señor **EDER MANUEL SALAS CONEO**, es hijo de los señores **MARGELIA CONEO MARSIGLIA** y **EDUAR MANUEL SALAS TORDECILLA**.

Acorde al Registro Civil de Defunción (Folio 15), el señor **EDUAR MANUEL SALAS TORDECILLA** – padre de **EDER MANUEL SALAS CONEO**, falleció el día 05 de abril de 1995.

Por medio de Resolución No. 160 de fecha 01 de marzo de 2013, expedida por la DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DE LA ARMADA NACIONAL, se resolvió reconocer y pagar la compensación por muerte, por el fallecimiento del Soldado Regular **EDER MANUEL SALAS CONEO**, a favor de la señora **MARGELIA CONEO MARSIGLIA**, debido que su hijo era soltero y no tenía hijos. (Folios 108 a 110)

La señora **MARGELIA CONEO MARSIGLIA** pide simple y llanamente que se le dé aplicación a la ley 100 de 1993 (artículo 46), en razón a que le es más favorable, como lo han reconocido tanto el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

La parte demandada, en resumen indicó que, *“En el régimen especial se tiene que para acceder a la pensión de sobrevivientes la muerte del causante debió ocurrir en el servicio y por razón del mismo, siendo que en el caso de marras el IMAR SALAS CONEO EDER MANUEL murió en simple actividad; en el régimen general se requiere un mínimo de semanas cotizadas requeridas y la dependencia económica de los beneficiarios respecto del afiliado fallecido, observándose que el difunto no tenía ese mínimo de semanas y que los beneficiarios ni en vía administrativa ni en el transcurrir del proceso demostraron la dependencia económica.”*

Frente a estos planteamiento y de acuerdo a las normas y posiciones jurisprudenciales citadas, se puede concluir que como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios; así de esta forma se estudiará la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la demandante a la luz del régimen general de seguridad social, es decir bajo los lineamiento de la Ley 100 de 1993, y determinar si bajo el amparo de esta normatividad, puede acceder al derecho que reclama. Dicha ley estable:

“ARTICULO. 46.- Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

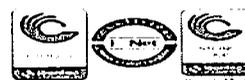
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte. y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.





190

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

ARTICULO. 47.- Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.*

*En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante **por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; (El texto en negrilla fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1176 de 2001).***

b) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;*

c) *A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios **los padres del causante si dependían económicamente de éste, y***

d) *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

ARTICULO. 48.-Monto de la pensión de sobrevivientes. *(Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996). El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.*

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto."

Para el reconocimiento pensional en referencia, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 exige 26 semanas como periodo de cotización, en los tiempos previamente indicados¹. Por su parte, el sistema de descuentos y cotizaciones de los miembros del nivel ejecutivo de la Fuerza Pública previsto por el Decreto 1091 de 1995, se estableció en los siguientes términos:

"Artículo 28. Afiliación y cotización a la caja de sueldos de retiro. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, cotizará como cuota de afiliación a la Caja

¹[7] Previamente se precisó que la cotización de las 26 semanas exigidas se debe estar efectuando al momento de la muerte o, en caso de haber dejado de cotizar, haberla realizado en el año anterior a su acaecimiento.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con un treinta por ciento (30%) del primer sueldo básico y como cotización mensual aportará el seis por ciento (6%) de la asignación básica.

Parágrafo. El personal de Suboficiales y agentes que se vinculen al nivel ejecutivo, no estarán obligados a contribuir con el treinta por ciento (30%) del primer sueldo básico como afiliación a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

(...)

Artículo 31. Destino de los aportes. La cotización de que trata el artículo 28 de este Decreto, se destinará de la siguiente manera: el uno por ciento (1%) para el funcionamiento de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y el cinco por ciento (5%) para el pago de asignaciones de retiro."

Como el causante estuvo vinculado durante once (11) meses y ocho (09) días o sea un total de cuarenta y cinco (45) semanas, en los cuales, de conformidad con la norma transcrita, se le hicieron descuentos legales con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se encuentran homologadas las 26 semanas de cotización que exige la Ley 100 de 1993. Además, la entidad demandada no controvertió el hecho de que durante el tiempo laborado el actor efectuó los aportes de ley.

Ahora bien, en lo que respecta a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y de acuerdo al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación realizada por la Ley 797 de 2003, prescribía que a falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante **si dependían económicamente de éste**.

La señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, en calidad de madre del extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, y a falta de cónyuge o hijos, sería la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Por lo que se entra a estudiar los requisitos para el reconocimiento en tal condición.

Sobre las pruebas que existen en el expediente de la relación de parentesco de la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, con el fallecido, se encuentra el respectivo registro civil de nacimiento (Folio 16), quien fue reconocida como beneficiaria para el pago de las prestaciones sociales, que hiciera la demandada en el año 2013. (Folios 108 a 110).

Además de lo anterior, es requisito indispensable que se demostrará la dependencia económica frente al causante, antes de su fallecimiento; sin embargo, luego de revisar el expediente, advierte el Despacho que en su interior no existe prueba que demuestre que efectivamente la señora MARGELIA CONEO MARSIGLA, dependía económicamente del extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, condición que es indispensable para que se haga el reconocimiento, siendo menester indicar, que el solo hecho que el extinto Soldado Regular EDER MANUEL SALAS CONEO, para la época de su muerte tuviera el estado civil de soltería y no tuviera hijos, no implica automáticamente que se presuma la dependencia económica frente a sus padres, pues ésta debe probarse fehacientemente, y no se hizo.

Por lo que, como no existen las pruebas suficientes para establecer los requisitos contemplados en el artículo 46 y SS de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente solicitada por la demandante, se negarán las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".



191

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00179-00

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL YECOHIO DOMINGUEZ

Juez

